

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Transactions via Internet et protection des consommateurs

Poullet, Yves

Published in:

Verkoop op afstand en telematica

Publication date:

1997

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1997, Transactions via Internet et protection des consommateurs. Dans *Verkoop op afstand en telematica*. Kluwer Belgïe & Story Scientia, Bruxelles, p. 127-164.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

TRANSACTIONS VIA INTERNET ET PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Yves POULLET

Professeur à la faculté de Droit et
au DES en Droit et Gestion des Technologies de l'Information
et de la Communication de Namur
FUNDP, directeur du CRID

INTRODUCTION

1. Le commerce électronique 'grand public'¹

Le vendredi 11 avril 1997, Libération publiait dans son supplément Multimédia un article intitulé 'J'ai fait mes courses sur Internet'. La journaliste y décrivait ses déboires mais également ses surprises après la visite de quelques sites commerciaux: la commande de chaussettes, la consultation d'itinéraires de voyage avec possibilités de réservation d'hôtels ou de restaurants localisés sur le parcours, le téléchargement de logiciel de jeux vidéo, etc.

Le développement du commerce électronique sur Internet, y compris le commerce 'grand public' est une priorité européenne, comme l'affirme la récente communication de la commission européenne du 12 avril 1997². Des sociétés importantes de vente par correspondance ou de grande distribution s'y emploient. Elles y voient des intérêts économiques majeurs: possibilité de toucher de vastes marchés internationaux, rationalisation et diminution des coûts de transaction et trouvent des avantages considérables dans les nouvelles formes de marketing³ que la technologie interactive d'Internet permet.

2. Les caractéristiques d'Internet

Quelques particularités d'Internet, ce réseau des réseaux, justifient l'attention portée par le juriste au développement de ce commerce en particulier lorsqu'il s'adresse à des consommateurs.

1. Ndl'A: Les recherches menées ici s'inscrivent dans le cadre d'études menées par le pôle d'attraction interuniversitaire: 'Société de l'information' qui regroupe la CITA, le CRID des FUNDP (Namur), le LENTIC de l'Ulg et le SMIT de la VUB (Brussels), pôle financé par les S.S.T.C., administration de l'Etat fédéral belge.

2. 'A European Initiative in Electronic Commerce', Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions (texte disponible à l'adresse suivante: <http://www.ispo.cec.be/Ecommerce>).

3. Il s'agit de ce qu'il est désormais convenu d'appeler le 'one to one marketing' désignant par là, les techniques de marketing individualisant la démarche publicitaire en fonction d'un destinataire précis dont on a préalablement noté les préférences et habitudes de consommation notamment par l'utilisation de cookies. (Sur les questions de privacy liées à ce type de marketing, lire le propos de J. DUMORTIER lors du même colloque et Y. POULLET, *Internet et vie privée*, Proceedings du colloque 'Società dell'Informazione e tutela della riservatezza' organisé par la Fondazione 'Giordano dell'Amore', Stresa, Italy, 16 et 17 mai 1997, à paraître).

Trois caractéristiques du réseau retiennent notre attention:

– Internet est un réseau *ouvert* dans la mesure où il permet à partir d'un protocole simple TCP/IP à toutes les machines connectées au réseau via un fournisseur d'accès⁴ de dialoguer. Cette ouverture du réseau engendre une difficulté que ne connaissait pas les transactions électroniques de type EDI où bien souvent les parties se connaissaient et s'étaient identifiées préalablement. Il suffit que le consommateur connaisse l'adresse Web d'un site pour pouvoir s'y connecter. Cette absence de reconnaissance préalable pose les questions difficiles d'identification et d'authentification des contractants, tant celle de celui qui utilise la connexion Internet pour accéder au site et dont on ne connaît a priori qu'une adresse IP, que celle du site auquel il a accès.

– Internet est un réseau *international*, sans frontières dont certains⁵ ont même affirmé qu'il représentait un réseau sans droit. Il est vrai qu'Internet offre la possibilité d'atteindre des sites même situés à l'autre bout de la terre et que la délocalisation d'un site est chose aisée. Or on sait que les règles de protection des consommateurs sont profondément nationales, attachées à la conception qu'une société a de la défense de ses citoyens. Que deviennent de telles protections lorsque un consommateur belge peut aisément se connecter à un site offrant par exemple de la publicité pour des drogues interdites en Belgique ou que le pays d'installation de certains sites ne connaît point par exemple les dispositions équivalentes à celle du droit belge relatives au délai de réflexions?

– Internet est un réseau *interactif*: Cette interactivité est liée à la capacité croissante des réseaux (compression, digitalisation des sons et des images). Elle est surtout due aux possibilités qu'offre l'hypertexte. Elle conduit à l'amélioration et à la multiplication des possibilités de transactions pour l'Internaute: possibilité de visualiser l'objet commandé voire d'assister à une démonstration de son utilisation, possibilité à partir de la consultation d'un site relatif aux cartes routières, de visiter d'autres sites présentant les villes jalonnant le parcours voire permettant la réservation de restaurants, etc.

4. C'est-à-dire selon la Charte française de l'Internet (disponible à <http://www.planet.net/Code-Internet>) le fournisseur au public d'un service de connexion à l'Internet par l'intermédiaire de ses ordinateurs, eux-mêmes reliés à Internet, y compris la mise en place de replications de sites (angl. 'mirroring') et la mise en place de relais applicatifs (angl. 'proxy servers').

5. A cet égard le propos de P. TRUDEL, 'The Protection of Rights and Values in Open Networks Management', in *The Electronic Superhighway*, E. MACKAAY, D. POULIN et P. TRUDEL (éds.), Computer Law Series, Vol. 18, Kluwer Law Intern., Amsterdam, 1995, p. 160 et s.: l'auteur y défend l'idée que le cyberspace ne peut obéir aux règles de droit traditionnelles, telles la loi et les réglementations étatiques. Il plaide pour une normativité interne au réseau construite sur le dialogue entre acteurs. 'It is high time we began analyzing the processes of emergence and application of these self generated norms of conduct, rather than continuing to repeat that non government norms have no legal force. We cannot both note the relative inability of state regulation to achieve the balances necessary in open environments and refuse to better understand the alternative regulatory mechanisms which cannot be confounded with simple code of accommodation or an 'ethic of respectability'.'

Cette interactivité se construit certes à partir de démarches opérées par l'Internaute lui-même, c'est lui qui sélectionne les sites à visiter et décider du rythme et du parcours de la visite. L'existence de telles démarches actives amènent-elles à condamner toute analogie entre, d'une part, les techniques de vente de produits ou services via Internet et d'autre part, les 'démarchages à domicile ou par téléphone comme le suggèrent P. et J. HUET⁶. Certes, le consommateur Internaute n'est pas actuellement le consommateur moyen. Il ne subit pas la même pression que celle subie lors des sollicitations effectuées dans le cadre des techniques traditionnelles. Ceci dit, il ne faut pas minimiser la conduite habile du dialogue entre le site et l'Internaute que permet la technologie utilisée (le one to one shopping): apparition d'écrans publicitaires ciblés en fonction de la personnalité de l'Internaute, présentation et utilisation d'hyperliens vers d'autres pages du site ou d'autres sites en relation avec les préférences déjà exprimées par l'Internaute.

3. Plan du rapport

L'examen des caractéristiques du réseau Internet conduit à identifier parmi les multiples questions juridiques, deux fondamentales⁷.

– L'authentification des transactions sur Internet est apparue comme la question liminaire soulevée par le caractère ouvert du réseau: le commerce électronique ne pourra se développer que dans la mesure où les serveurs de sites pouvant acquérir la certitude quant à l'existence de l'identité et la volonté de l'Internaute qui envoie un message de commande de biens ou services. Ce sera l'objet du premier titre.

– le second titre analysera quelques questions de protection des consommateurs et ce dans la perspective de l'intégration dans notre droit belge de la directive 'Vente à distance' récemment adoptée par l'Union européenne⁸.

Nous retiendrons également les problèmes de droit international privé nés du caractère international du réseau.

6. P. et J. HUET, *Le droit des multimédias, de la télématique à Internet*, AFTEL, Paris, 1994, p. 234.

7. Nous sommes conscients en effet que bien d'autres problèmes devraient être abordés: la criminalité sur Internet, le droit du paiement via Internet, la responsabilité des acteurs, la vie privée, etc. Sur toutes ces questions, nous renvoyons le lecteur à l'ouvrage: *Internet face au droit*, Actes du colloque organisé par le DGTIC et le CRID, Namur, 21-22 nov. 1996, E. MONTERO (ed.), Cahier du CRID n° 12, Kluwer, Bruxelles, 1997.

8. Au moment où nous écrivons ces lignes, nous ne disposons que de la version anglaise non publiée encore du texte de la directive approuvée en mars 1997. Le lecteur voudra bien nous excuser de n'avoir pris aucune liberté de traduction du texte.

TITRE I. COMMENT AUTHENTIFIER UNE TRANSACTION SUR INTERNET? UN DROIT DE LA SIGNATURE ET DE LA PREUVE A REPENSER

4. Les problèmes anciens et nouveaux

L'ouverture des réseaux est à la fois une opportunité pour le commerce qui trouvera grâce à cela un marché à dimension internationale et un risque dans la mesure où la nécessité d'un réseau ouvert est sujette à caution. 'Afin d'être propice au commerce, écrit D.G. Masse', une forme de communication doit fournir un moyen jugé acceptable par la communauté commerciale, d'assurer que la certitude soit suffisante pour justifier le risque d'y transiger... En particulier, doivent être créées des possibilités d'authentifier l'identité de l'utilisateur du système et de conservation des traces de la transaction pour valoir preuve.

A cet égard, le commerce via Internet exige la solution de deux types de problèmes: les premiers sont liés à la dématérialisation de la transaction et ont déjà fait l'objet de réflexion dans le cadre de transactions conclues sur des réseaux fermés comme les réseaux de guichets électroniques bancaires, les réseaux EDI, etc. Les seconds concernent la particularité d'Internet à savoir son caractère ouvert. Nous nous attacherons à montrer comment le droit a successivement répondu à ces deux types de problèmes¹⁰.

1. La solution du premier problème: vers la reconnaissance de la signature et de l'écrit électronique

5. La dématérialisation: une garantie efficace

Traditionnellement, c'est par la matérialisation de la signature et de l'écrit qu'est garantie la sécurité de la transaction. La signature définie comme l'ex-

pression manuscrite de la personnalité placée au bas d'un texte apparaît comme l'affirmation claire de la volonté d'un individu de s'approprier (faire sien) la teneur et l'existence d'un document. Quant à la faveur dont témoigne en faveur de l'écrit papier, elle s'explique de même par les garanties que la technique du papier offre du fait de sa permanence et du fait qu'il apparaît comme un support efficace à l'information des parties leur offrant transparence, lisibilité et même par l'exigence du double consacrée par l'article 1325 du Code civil, respect du contradictoire¹¹. Faut-il conclure que preuve et signature électronique n'ont pas valeur en droit, à défaut d'offrir les mêmes garanties?

6. Le pari de la dématérialisation: la théorie de l'équivalent fonctionnel

Plutôt que de légitimer la preuve électronique par le biais d'exceptions¹² notre propos dès 1992¹³ a plutôt été de montrer qu'une approche ouverte et fonctionnelle des concepts du code civil permette de plaider pour reconnaître à certaines signatures électroniques, la qualité de signature et à certains documents électroniques, celle d'écrit et ce au plein sens juridique du terme.

Cette approche dite de l'*'équivalent fonctionnel'* a reçu le support remarqué des travaux de la CNUDI lors de l'élaboration de son 'Guide pour l'incorporation de la loi type sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication'¹⁴. Elle sem-

11. Même réflexion in E. DAVIO, 'Aspects juridiques des transactions commerciales sur les réseaux ouverts', *D.C.C.R.*, 1997, à paraître.

12. A cet égard, en effet, nombre d'auteurs (SYX, FONTAINE, MALENGREAU, etc.) ont tenté de justifier la valeur de l'écrit et de la signature électronique en recourant tantôt aux articles 1347 et 1348 du Code civil, tantôt à l'article 25 du Code de commerce, tantôt enfin à la renonciation conventionnelle.

13. A cet égard, la remarquable démonstration de M. ANTOINE et M. ELOY, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Cahier du CRID n° 9, Bruxelles, Kluwer, 1992, pp. 64 et s.

14. A/CN.9/426-CNUDI, 20ème session, New York, 18 mai-14 juin 1996, n° 30 et s. Le rapport du secrétaire général s'exprime comme suit. La loi type propose donc une nouvelle approche parfois désignée sous l'appellation 'approche fondée sur l'équivalent fonctionnel' qui repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques de l'EDI. Par exemple, un document papier assume notamment les fonctions suivantes: fournir un document lisible par tous; fournir un document inaltérable; permettre la reproduction d'un document de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte; permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; enfin, assurer que le document se présentait sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux. Il convient de noter que pour toutes les fonctions du papier susmentionnées, les enregistrements électroniques peuvent garantir le même niveau de sécurité avec, dans la plupart des cas, une plus grande fiabilité et rapidité, notamment en ce qui concerne l'identification de la source et le contenu des données à condition qu'un certain nombre d'exigences techniques et juridiques soient respectées.

9. D.G. MASSE, 'L'autoroute de l'information: convergence du droit et de la technologie', in Actes du colloque: *Faire des affaires en toute sécurité sur les autoroutes de l'information*, Montréal, 10/11/95, disponible à l'adresse suivante <http://www.droit.montreal.ca/A...loque-10-11-95/Masse/aqd95.html>, p.

7. Dans le même sens, P. TRUDEL, 'Introduction au droit du commerce électronique sur l'Internet', *Revue du Barreau*, Montréal, 1995, vol. 55, p. 521 et s.; H. PERRITT, *Security in open networks: maintaining confidentiality and getting paid*, <http://ming.law.vill.edu/chron/articles/phiscub.htm>.

10. Le lecteur se référera utilement à des exposés plus complets en la matière, ainsi parmi d'autres, S. PARISIEN-P. TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Univ. de Montréal, Fac. de droit, Avril 1996; Y. POULLET, 'Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique', Colloque ABJE, 24 octobre 1996, *Le droit des affaires en évolution*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 39 et s.

ble devoir être reprise par notre législateur national¹⁵.

En d'autres termes, il suffit de reconnaître que la signification des deux concepts essentiels du droit de la preuve des actes juridiques, ceux d'écrit et de signature est ouverte et que leurs définitions peuvent s'étendre à certaines formes de documents et de signatures électroniques, pour autant que celles-ci remplissent les fonctions traditionnelles que le droit leur assigne.

7. Le document électronique = un écrit?

La grande valeur probante reconnue à l'écrit s'explique par ses caractéristiques. Il constitue un support stable et fiable sur lequel figurent des signes lisibles formant un langage. Un tel concept est 'ouvert' et son extension ne se réduit pas au seul document papier: le langage peut être codé et la lisibilité peut s'entendre de la possibilité pour le document d'être à tout moment produit, la stabilité et la fiabilité, enfin, peuvent être garanties par le mode technique de stockage et de transmission des signes et non par la qualité du papier. Bref, on reconnaît comme écrit tout document reproduisant de façon suffisamment durable la volonté d'une personne par des signes susceptibles d'être lus, grâce à un procédé approprié et non seulement l'apposition sur papier de signes.

Ainsi, trois qualités fonctionnelles¹⁶ caractérisent l'écrit et justifient la valeur probante supérieure de celui-ci: l'inaltérabilité, la lisibilité et la stabilité. Ces qualités doivent être requises d'un document électronique qui souhaite se voir reconnaître le statut d'écrit:

— le document doit être *inaltérable*: parler d'inaltérabilité d'un document, c'est évoquer les fraudes. Alors que sur les supports papier, celle-ci est assez

facile mais très rapidement remarquée ('gratter' et/ou recopier une information laisse des traces), la fraude sur un support informatique passe souvent inaperçue et ne peut presque jamais être détectée *a posteriori*.

Préserver le caractère inaltérable d'un document nécessite de conserver celui-ci inchangé à la fois dans son contenu ainsi que dans sa forme.

Pour assurer l'inaltérabilité du document dans son contenu (c'est-à-dire pour préserver le sens et le caractère authentique du document original), il faut que l'émetteur et/ou le récepteur ne puissent modifier le contenu du document à l'insu de l'autre partie (ainsi, la modification d'un texte n'entraînerait-elle pas modification de la signature). De plus, il faut qu'un tiers ne puisse pas interférer dans les relations émetteur-récepteur en modifiant le contenu du document à l'insu des parties.

— le document doit demeurer *lisible*: les documents sur papier remplissent directement cette condition par le simple fait qu'ils sont rédigés dans un langage (vocabulaire et grammaire) et dans une symbolique graphique (écriture) accessible à la compréhension humaine. Tel est le cas des informations reprises sur support informatique. Certes, elles y sont codées et se trouvent donc sous forme illisible, mais il est possible d'avoir recours à un intermédiaire 'approprié' qui présentera les données stockées sous une forme compréhensible par l'homme.

La Regulation E proposée par le Board of Governors du Federal Reserve System¹⁷ à propos des transferts électroniques de fonds réclame cette qualité du système pour que celui-ci puisse prétendre émettre des documents électroniques ayant valeur d'écrit même s'il reconnaît que cette exigence n'est pas simple à rencontrer lorsque le client émetteur d'ordres est un consommateur ne disposant pas des outils nécessaires à la lecture: 'The Board believes that the requirement for clear and understandable disclosures applies fully to electronic communications'¹⁸.

— Le document doit être *stable*: la stabilité du document papier est évidente puisque le support se dégrade peu. En matière électronique, la condition est

15. Nous nous basons sur le texte d'intentions législatives ayant circulé récemment.

16. Lors de l'élaboration de la Loi type, une attention particulière a été accordée aux fonctions traditionnellement assurées par diverses formes d'écrits sur papier. C'est ainsi par exemple que la liste non exhaustive ci-après indique les raisons pour lesquelles la législation nationale exige la présentation d'écrits: 1) veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles; 2) aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat; 3) fournir un document lisible par tous; 4) fournir un document inaltérable et conserver en permanence la trace d'une opération; 5) permettre la reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un *exemplaire* du même texte; 6) permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; 7) assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux; 8) consigner l'intention de l'auteur de l'écrit et conserver la trace de cette intention; 9) permettre un stockage aisé des données sous une forme tangible; 10) faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires; et 11) établir l'existence de droits et obligations juridiques dans tous les cas où un 'écrit' était requis aux fins de validité (rapport du secrétaire général de la CNUDCI, *op. cit.*, n° 58.).

17. *Electronic Fund Transfers*, Fed. Res. Systems 12 CFR Part 205, Reg. E. Docket n° R.0919, Fed. Register, 61, n° 86, Thursday May 2, 1996.

18. Cf. également les réflexions de l'UNCITRAL à ce propos: 'Le mot "accessible" implique qu'une information se présentant sous la forme de données informatisées doit être lisible et interprétable et que le logiciel qui pourrait être nécessaire pour assurer la lisibilité de pareille information doit être préservé' (rapport cité, n° 60).

plus délicate à remplir: à la fois, les informations circulent aisément d'un support à l'autre mais pire, les supports de stockage (bande magnétique, CD ROM, disque optique) connaissent une obsolescence rapide et toute modification de configuration oblige souvent à des retranscriptions.

Comment la preuve électronique peut-elle rencontrer cette exigence? Deux réflexions nous apparaissent essentielles à ce propos: la première consiste à lever une ambiguïté¹⁹: la stabilité du document s'entend plus d'une garantie de pérennité du contenu et non du support dont la régénération peut être multiple. La législation québécoise a parfaitement bien compris la nécessité de ce glissement lors de sa réforme récente du droit de la preuve²⁰.

La seconde réflexion consiste à changer les mentalités et à rejeter l'opprobre habituellement jeté sur la copie, opprobre avalisé par la loi par son article 1334 du Code civil²¹.

Les sécurités techniques et organisationnelles qui peuvent entourer les opérations d'archivage électronique plaident pour un changement de mentalités nonobstant l'intrinsèque volatilité des documents électroniques transmis instantanément d'une mémoire à l'autre pour les besoins de la transaction voire par les seules nécessités du système.

Il s'agit par ces garanties de reconnaître à la 'copie fidèle' la même valeur qu'à l'original si tant est qu'en matière électronique, ce concept d'original ait quelque sens.

La notion de copie est donc à définir: 'constitue une copie, le document reproduit sur support d'informations provenant de l'enregistrement d'un écrit sous signature privée' et le qualificatif 'fidèle' de même copie est réputée fidèle lorsque les originaux ont été enregistrés selon des critères de sécurité fixés par l'autorité, c'est-à-dire des critères d'intégrité et, le cas échéant, de durée et de confidentialité.

19. Reprendre la réflexion d'I. DE LAMBERTERIE, *o.c.*, p. 682: 'Que veut dire "inaltérable", "durable"? On ne trouve aucune interprétation jurisprudentielle de ce terme et les définitions proposées ne sont pas équivalentes: pour certains, inaltérables veut dire que l'on ne peut pas modifier le document, pour d'autres cela veut dire qu'il n'a pas été modifié'.

20. Il s'agit des articles 2837 et 2838 du nouveau code civil québécois. Pour un commentaire de ces articles, Th. PIETTE-COUDOL, EDI, *Trois niveaux de contrats, trois systèmes de preuve. Expertises*, mai 1993, p. 178.

21. A cet égard, J.-P. BUYLE, 'Nouvelles règles en matière de preuve par copie de documents', *J.T.*, 1993, p. 197 et les nombreuses références y reprises.

Notre définition met l'accent sur la nécessité de la fidélité de la copie et le respect de sécurité assurant cette fidélité rejoignent l'exigence québécoise de 'garanties suffisamment sérieuses pour que l'on puisse s'y fier', affirmée par l'article 2838 du code civil québécois. On sait que le Conseil de l'Europe a émis à cet égard des recommandations²² précisant les qualités techniques et organisationnelles nécessaires pour procéder à une copie fidèle électronique.

8. La signature électronique = une signature?

Pour ne reprendre que les deux fonctions²³ essentielles de la signature, à savoir l'identification de l'auteur d'un document²⁴ et la confirmation que l'auteur approuve la teneur dudit document²⁵, l'article 6 du code CNUDCI édicte comme conditions de reconnaissance d'une signature électronique:

'a) a method is used to identify the originator's approval of the information contained therein; and b) that method²⁶ is reliable as what appropriate for the

22. Recommandation du Conseil de l'Europe, n° R (81) 20 relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'administration de reproduction de documents et des enregistrements informatiques (publié notamment in Lamy, *Droit de l'informatique*, 1995, nt 9306). A ce propos, on regrettera avec J.-P. BUYLE (*l.c.*) les dispositions législatives belges qui permettront à certaines organisations de se prévaloir de copies sans garantir leur fidélité.

23. Sur ces deux fonctions de la signature, lire la note de M. VAN QUICKENBORNE, 'Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé', *R.C.J.B.*, 1985, pp. 57 à 104 et D. SYX, 'Vers de nouvelles formes de signature?', *Droit de l'inf.*, 1986, 3, pp. 135 et s.

24. En d'autres termes, la relation 'signature-signataire' doit être unique et absolue: à une signature donnée, on ne pourra associer qu'un et un seul signataire. Toutefois, en ce qui concerne les documents informatiques, la vérification et l'adéquation entre la signature et le signataire ne peut plus être réalisée de façon visuelle comme c'est le cas pour la signature manuscrite. La vérification de la correspondance 'texte-signature' est donc réalisée, non plus par une personne humaine, mais par des moyens informatiques appropriés (programmes...).

25. L'apposition de la signature doit être significative et se faire sur le document même auquel la signature se réfère. La signature doit y rester attachée de façon permanente et indissociable pendant le transport du document.

26. Le rapport déjà cité du secrétaire général de l'UNCITRAL interprète comme suit la seconde condition: 'Pour déterminer si la méthode utilisée en vertu du paragraphe 1 a) est appropriée, les facteurs juridiques, techniques et commerciaux à prendre en considération sont les suivants: 1) le degré de perfectionnement du matériel utilisé par chacune des parties; 2) la nature de leur activité commerciale; 3) la fréquence avec laquelle elles effectuent entre elles des opérations commerciales; 4) la nature et l'ampleur de l'opération; 5) le statut et la fonction de la signature dans un régime législatif et réglementaire donné; 6) la capacité des systèmes de communication; 7) les procédures d'authentification proposées par les opérateurs des systèmes de communication; 8) la série de procédures d'authentification communiquée par un intermédiaire; 9) l'observation des coutumes et pratiques commerciales; 10) l'existence de mécanismes d'assurance contre les messages non autorisés; 11) l'importance et la valeur de l'information contenue dans le message de données; 12) la disponibilité d'autres méthodes d'identification et le coût de leur mise en œuvre; 13) le degré d'acceptation ou de non-acceptation de la méthode d'identification dans le secteur ou domaine pertinent, tant au moment où la méthode a été convenue qu'à celui où le message de données a été communiqué; et 14) tout autre facteur pertinent ...

purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any agreement between the originator and the addressee of the data message'.

Ces conditions peuvent être remplies de multiples manières²⁷ la délivrance d'un code secret jointe à l'utilisation d'une carte peut suffire pour autant que cette signature est bien accolée au document qu'elle prétend authentifier²⁸. On connaît d'autres méthodes, en particulier l'utilisation de méthodes de chiffrement, la cryptographie, permet d'assurer plus sûrement encore l'authentification non seulement de l'auteur du message mais également de son contenu.

Par cryptage (ou chiffrement), on entend la transformation d'un message en clair en une chaîne de caractères alphanumériques dont la suite est incompréhensible sauf pour la personne autorisée à le déchiffrer. Le cryptage combine deux éléments:

— un algorithme (plusieurs algorithmes existent sur le marché: le DES, — Data Encryption Standard — créé dans les années 1960 par IBM, actuellement utilisé par le gouvernement américain; le RSA (Rivest, Shamir et Adelman) mis au point en 1976, essentiellement destiné à conjurer les risques afférents au transport des clés sur les réseaux; enfin, le PGP (Pretty Good Privacy) mis

27. Comp. avec les conclusions de Andersen en droit danois, droit basé sur la liberté de preuve: 'It is however generally held that a digital signature could be equalled with a written signature under circumstances where there would generally be a high degree of certainty that it is from the person in question and reflected his intent to be bound by the digitally signed document' (M.B. ANDERSEN, *The legal status and effect of digital signatures*, Paper presented to the Worldwide Electronic Commerce, Conférence, Maryland, October 20, 1995). Plus clairement encore, l'affirmation du Comité ayant présidé à la révision de la loi de l'Utah sur la signature (*EDI Law Rev.*, 1995, p. 158): 'Since, as the appendix explains, a digital signature is the functional equivalent of a paper signature...'

28. 'L'authentification de l'auteur se réalise par diverses méthodes: la plus courante est celle par les connaissances, en d'autres termes, la certitude relative à l'auteur du message vient du fait que seul cet auteur connaît l'information qui permet au destinataire du message de le reconnaître, ainsi un mot de passe ou une clé de chiffrement. Ce mode d'authentification peut être couplé avec le mode d'authentification par la détention exclusive d'une carte magnétique, par exemple. Des procédés de reconnaissance des caractéristiques biométriques d'un individu (cris, voix, empreintes digitales) plus récents permettent l'identification de la présence d'une personne lors d'une action. A eux seuls, ils peuvent difficilement constituer un procédé d'authentification dans la mesure où ils n'attestent pas de la volonté d'émettre comme sein un message. L'authentification peut être résumée comme ceci: lors d'échanges d'informations entre deux acteurs, l'authentification permet à chacun de s'assurer que l'acteur avec qui il dialogue est bien celui qu'il prétend être'. (J. HUBIN, 'Aspects techniques de la sécurité des systèmes d'information', in M. ANTOINE, J. HUBIN, B. LEJEUNE, Y. POULET, V. WILLEMS, *La sécurité des systèmes d'information entre technique et droit*, Cahier du CRID n° 13, 1997, à paraître).

au point par Zimmermann disponible sur Internet et récemment autorisé par le gouvernement américain. Les algorithmes sont publics;

— une clé sur laquelle 'tourne' l'algorithme choisi, une clé est une chaîne de bits aléatoires, produite par un générateur de clés, d'une longueur variable, allant de 40 bits 1024 bits, éventuellement; plus la clé est longue, plus le message est difficile à décrypter. La longueur des clés est donc un enjeu hautement politique entre les Etats²⁹.

L'algorithme peut être asymétrique ou symétrique³⁰. En particulier le chiffrement asymétrique consiste en l'utilisation tant au moment du chiffrement que du déchiffrement de deux clés: l'une secrète, celle selon le cas, de l'émetteur ou du récepteur³¹, l'autre publique, celle selon le cas de l'émetteur ou du récepteur. C'est le texte émis qui est chiffré grâce à la clé secrète de l'émetteur puis grâce à la clé secrète du destinataire. Le destinataire ne pourra déchiffrer le texte qu'en lui appliquant successivement sa clé secrète et la clé publique de l'émetteur. Ainsi, il sera l'auteur du message.

Une des questions essentielles est donc l'attribution des clés privées et 'publiques' et le fait de porter ces dernières à la connaissance de tous. Cette fonction d'émission et de publicité des clés est le fait d'un certificateur. Ce certificateur joue un rôle comparable à celui d'un notaire. Il 'authentifie' l'émetteur et le récepteur d'un message.

29. Pour des raisons d'efficacité, on ne peut imaginer signer le message complet. Dans ce cas, la signature serait souvent aussi longue que le message. C'est pourquoi on utilise des 'Hash Functions' (ou fonctions de compression). Ces fonctions ont pour but, quelque soit la longueur du message de le compresser à une longueur donnée (par exemple à 515 bits). C'est le message comprimé qui est signé. Pour vérifier la signature, le destinataire du message utilise alors la clé publique pour décrypter la valeur comprimée signée (le signed hash value). Si cette valeur correspond à celle obtenue en appliquant la même fonction de compression au texte complet du message, alors le message et la signature sont corrects. L'algorithme de compression est calculé de manière telle qu'il soit quasiment impossible de trouver deux messages avec le même résultat de compression.

30. Dans les systèmes symétriques, l'émetteur et le destinataire utilisent la même clé secrète de cryptage, l'émetteur crypte et le destinataire décrypte. Le système le plus utilisé est celui développé par IBM et standardisé depuis 1977. La cryptographie symétrique de par sa nature n'est applicable que dans des réseaux fermés.

31. Le 'Digital Signature Standard' (DSS) américain repris comme Federal Information Processing Standard (FIPS 186) approuvé par le National Institute of Standards and Technology (NIST) repose sur un système de cryptographie asymétrique à clé publique (à ce propos le rapport réalisé sur l'US Congress par l'OTA, 'Information Security and Privacy in Network environments', Congress of U.S., OTA-TCF-606 (Washington DC, U.S., Government Printing Office, Sept. 1994)

Ce passage par un tiers neutre permet précisément de résoudre le second problème rencontré par l'ouverture des réseaux.

II. La solution du second problème: la signature électronique dans des réseaux ouverts

9. La cryptographie asymétrique: un prérequis nécessaire

Le système de la cryptographie asymétrique à double clé permet de résoudre les questions de sécurité y compris de confidentialité dans les réseaux ouverts.

En effet, dès que l'on est dans un environnement où *plusieurs* intervenants étrangers et inconnus l'un à l'autre peuvent jouer (environnement ouvert), les procédures d'authentification de l'auteur d'un message ne suffisent plus. Il faut que l'authentification porte à la fois sur le document et la signature de telle sorte que ce soit cet ensemble qui ne puisse avoir été produit que par la personne s'en prétendant l'auteur et ne soit lisible que par la ou les personne(s) autorisé(s). Enfin, la vérification de l'authentification doit pouvoir être effectuée par tous les participants potentiels au réseau en d'autres termes un registre clés signatures doit pouvoir être accessible.

On conçoit dès lors la faveur avec laquelle les partisans du développement du commerce électronique ont accueilli les méthodes de cryptographie, autrefois considérées comme armes de guerre dans la mesure où elles permettraient à des interlocuteurs de s'échanger des messages en dehors de tout contrôle de la part de l'Etat.

La Commission européenne a recommandé la reconnaissance légale des méthodes de *cryptographie*³², l'OCDE a émis parallèlement des lignes directrices à propos de l'utilisation de telles méthodes, en reconnaissant explicitement que '... cryptography can be an effective tool for the secure use of information technology by ensuring confidentiality, integrity and availability of data and by providing authentication and non repudiation mechanisms for that data. It is an important component of secure information and communication networks and systems'³³. On ajoutera que le gouvernement belge s'apprête aussi à mettre sur la table du Parlement un projet de loi légalisant ces méthodes³⁴.

32. Commission Green Paper, 'Legal protection of encrypted Services in the Internal Market', COM(96)76 final 06.03.96.

33. OECD, *Guidelines for cryptography Policy*, Document approuvé par le Comité ICCP à sa 31e session, les 27 et 28 février 1997.

34. ... et ce dans le cadre de la révision de l'actuelle loi sur les entreprises publiques autonomes.

Notons que dans de tels réseaux, la signature prend une nouvelle signification: elle n'est plus le mode d'attestation a posteriori de la présence de telle personne lors de la conclusion d'une transaction, celle-ci ayant été reconnue au préalable; elle devient le mode par lequel une personne s'identifie a priori, la signature devenant une condition même de la conclusion du contrat³⁵.

La solution institutionnelle des tiers certificateurs ou 'Trusted Third Parties' c'est-à-dire à des entités 'investies (entrusted) par un ou plusieurs utilisateurs du pouvoir de créer et délivrer des certificats'³⁶. Un 'certificat' est une structure de données signées digitalement qui lie le nom d'une entité avec sa clé publique³⁷. Pourvu ainsi d'une clé publique et d'une clé secrète, comme il a été expliqué plus haut à propos de la cryptographie asymétrique à clé publique, l'émetteur d'un message peut le signer³⁸ c'est-à-dire transformer le message de manière infalsifiable tout en rendant possible pour le récepteur, à la fois la preuve de la source du message et l'intégrité de ce dernier³⁹. Certes, on peut imaginer d'autres objets de certification électronique ainsi la valeur de crédit d'une entité, la présence d'un témoin lors du passage d'un acte⁴⁰, la date d'existence d'un document⁴¹.

Le premier rôle des tiers certificateurs ou 'Trusted Third Parties' combine souvent la 'nomination' c'est-à-dire la reconnaissance de la capacité d'une personne identifiée à bénéficier des services de certification et la 'certifica-

35. A ce propos, E. DAVIO, 'Questions de certification, signature et cryptographie', in *Internet face au Droit*, E. Montero (éd.), Cahier du CRID n° 12, E. Story-Scientia, 1997, p. 74.

36. C'est la définition donnée par l'I.T.U. X 509 §3.3. (1993).

37. *End loco*. Cf. également la définition de l'American National Standards Institute (ANSI) X 9-30-199X 'the public key and identity of an entity together with some other informations, rendered unforgeable by signing it with the private key of the certifying authority which issued it ...

38. A propos de la signature électronique à clé publique, M. BAUM, 'The proposal digital signature Standard: implications for electronic commerce', *CLSR* (1992), 8, pp. 217 et s.

39. On connaît toutes les difficultés soulevées dans les différents pays en particulier aux Etats-Unis par l'utilisation de tels procédés cryptographiques qui permettraient l'utilisation illicite des réseaux sans possibilité de contrôle pour l'Etat. Sur ces questions, lire not. l'excellent rapport de M. BAUM, *Federal Certification Authority: liability and policy. Laws and policy of certificate based public Key and digital signatures*, U.S. Department of Commerce, N.T.I.S., June 94. Sur le même débat en Belgique, lire M. ANTOINE, 'La cryptographie en droit belge', in M. ANTOINE, Y. POULLET, V. WILLEMS, B. LEJEUNE, *La sécurité des systèmes d'information: aspects techniques et juridiques*, op. cit., à paraître.

40. On parle alors de 'transactional certificates'. Sur ces divers rôles cf. le Green Paper de la Commission on the security of Informations Systems, Version 3.6., 1994, pp. 35 et s. A ce propos, on imagine bien le rôle d'un notaire électronique témoignant de sa présence lors d'une transaction.

41. A propos de ces fonctions particulières, lire A.M. FROMKIN, 'The essential role of Trusted Third Parties in Electronic Commerce', 75 *Oregon L. Rev.* 49 (1996); M. ANTOINE, 'La certification', *R.D.C.*, 1995, 4-14), développait ainsi l'idée d'un envoi électronique recommandé.

tion', c'est-à-dire l'attribution aux personnes 'nommées' de leur nom et de leur adresse à une entité de la fonction de validation, c'est-à-dire l'attestation d'une correspondance entre un nom, une adresse (électronique) et une clé publique. Le second rôle concerne la gestion des clés publiques et privées, c'est-à-dire la remise de clés et leur renouvellement, en même temps que la mise à disposition et la gestion d'un registre de clés. D'autres rôles peuvent lui être assignés⁴², ainsi la gestion du réseau par lequel transiteront les messages, leur estampillage, leur stockage voire le rôle d'arbitrage entre les parties⁴³.

L'ensemble de ces rôles nécessite un contrôle strict de la qualité technique et opérationnelle des certificateurs et l'affirmation de leur responsabilité, ainsi au cas où il validerait un message dont la signature a été répudiée par son prétendu auteur, au cas où des erreurs d'adressage apparaîtraient, etc.⁴⁴

10. Une loi sur la signature électronique?

L'importance des questions ainsi soulevées nécessite sans doute une intervention légale⁴⁵, non pour mettre elle-même en place l'infrastructure requise mais sans doute pour instaurer un système juridique d'homologation publique de tiers certificateur (création d'un système de licences avec conditions d'homologation⁴⁶ et audit de ces organismes). La délivrance des clés fera l'objet de procédures fixées également et la responsabilité des certificateurs pour délivrance de faux certificats ou d'erreurs sera précisée.

Au-delà, ces lois consacreront le droit de chacun, sauf exceptions, de pouvoir utiliser une clé publique⁴⁷ et enfin affirmeront l'équivalence de principe entre

la signature générée par l'utilisation des clés publiques et privées et la signature manuscrite traditionnelle⁴⁸.

Un projet de loi allemand est depuis quelques temps sur la table du législateur d'Outre-Rhin. Il suit l'exemple américain, en particulier la loi de l'Utah⁴⁹ et semble avoir inspiré un avant-projet de loi belge.

42. Ces deux rôles peuvent être confiés à un opérateur ainsi le réseau ISABEL créé par le secteur bancaire belge et conçu comme un système standardisé de communication permettant des liaisons télématiques sécurisés entre partenaires, ne prend pas en charge la première fonction, à savoir l'attestation d'identité du 'subscriber' mais la remise de certificat et l'ensemble des autres rôles. Ce rôle d'attestation (la 'registration function' pourrait être joué par les notaires dont c'est le rôle traditionnel.

43. Sur ces divers rôles, cf. le Green Book de la Commission, Version 3.6., pp. 35 et s.

44. Le rapport du Groupe de Travail de la CNUDCI (A/CN.9/437 - 12/5/97) sur le commerce électronique porte précisément sur toutes ces questions.

45. Sur les diverses réglementations existantes aux États-Unis lire P.R. KATZ et A. SCHWARTZ, 'Electronic Document and digital signatures: changing the way business is conducted and contracts are formed', *PC newsletter*, 1996, 14, 2 pp. 3 et s. Cf. également les Digital Signature Guidelines émises par l'American Bar Association, fin 1996.

46. Elles porteront sur l'indépendance du tiers certificateur par rapport aux organismes délivrant des biens et services, les capacités financières, la qualité du personnel (engagement de confidentialité, etc.), l'utilisation de méthodes de chiffrement normalisés, etc.

47. Cette consécration est indispensable si on veut garantir à chacun la possibilité d'utiliser les possibilités de transactions offertes par le développement du commerce électronique.

48. 'A valid digital signature verified using a public key is presumed to have been affixed with the intention of the subscriber to authenticate the message and to be bound by the contents (thereof...). A digital signed document is as valid as if it had been written on paper' (§22 Utah Digital Signature Act).

49. La loi de l'UTAH (Utah Signature Act) date de 1995 a été intégralement publiée par l'*EDI Law Review*, 1995, 2, 157-196. Le projet de loi (Signaturgesetz (Sig. G)) déposé au Parlement allemand, le 19 août 1996, contient les rubriques suivantes (trad. anglaise): § 1 Object and Scope, § 2 Definitions, § 3 Licensing of Certification Authorities, § 4 Issuance of Certificates and Time-Stamp, § 5 Duties of Certificate Authorities, § 6 Contents of Expiration of a Certificate, § 7 Expiration of a Digital Signature, § 8 Suspension of a Certificate, § 9 Documentation, § 10 Bankruptcy of a Certificate Authority, § 11 Data Protection, § 12 Supervision of Certificate Authorities, § 13 Technical Devices, § 14 Recognition of Foreign Certificates, § 15 Further Regulations.

TITRE II. TRANSACTIONS COMMERCIALES ET PROTECTION DES CONSOMMATEURS⁵⁰

11. Le cyberspace: un espace sans droit?

Un droit de la consommation existe dans bien des pays. Son contenu varie: qu'il s'agisse de la réglementation de la publicité, de l'obligation d'utiliser la langue du consommateur, des mentions de l'offre, des modes de paiements du prix, des garanties à offrir par les producteurs, de la notion même de consommateur, chaque droit développe des solutions originales⁵¹. Ce contrat pose dans le contexte d'Internet bien des difficultés eu égard au caractère international de ce réseau. Comment assurer le respect des règles valables sur un territoire dans un réseau qui ne connaît pas de frontières? Comment exiger ce respect lorsqu'un serveur a priori ne peut connaître a priori d'où provient l'interrogation de son site et pourrait difficilement se plier aux multiples exigences varices parfois contradictoires des multiples législations existantes⁵².

On peut dès lors craindre qu'au gré de la circulation sur les réseaux, la protection pourtant affirmée par la loi s'effrite, que pire, pour éviter l'application de règles nationales contraignantes, le serveur d'Internet délocalise son activité et que dès lors la crainte d'un dumping réglementaire⁵³, n'amène son pays à baisser les niveaux de protection.

A défaut d'être l'espace 'sans droit' le cyberspace pourra en tout cas conduire à un état 'de moindre droit'.

50. Nous n'avons pu en ce domaine que couvrir un domaine bien limité. Ainsi, les questions de crédit à la consommation, de clauses abusives, de garanties et responsabilités, de contrats de voyage, etc., n'ont pu être abordées. Le lecteur trouvera sur tous ces points une bonne synthèse de la réglementation européenne en matière de protection des consommateurs dans l'article de M. TENHEIRO, 'Pratiques commerciales et les contrats. Protection des consommateurs en Europe', *J.T.Dr.Eur.*, 1997, p. 49 à 57.

51. Sur l'existence de cette variété de dispositions, lire le rapport très complet de MM. P. DEMOLIN et Y. BRULARD, 'Les transactions commerciales avec les consommateurs', in *Internet face au droit*, E. MONTERO (éd.), Cahier du CRID n° 12, Kluwer, 1997, 254 pages.

52. Ainsi, bien des législations nationales réclament que le prix soit mentionné dans la monnaie du pays du consommateur et que la langue utilisée soit celle de ce dernier. Certes, des solutions techniques existent et pourraient être imposées à des grosses entreprises, ainsi après avoir demandé à l'Internaute, d'identifier le territoire à partir duquel il a accès au site, les pages adéquates lui seraient proposées. Par ailleurs, certains sites annoncent explicitement que certaines parties du site seront réservées à des personnes de nationalité déterminée.

53. Sur cette notion, lire Y. POULLET et R. QUECK, 'Conclusions générales: Le droit d'Internet', in *Internet face au droit*, E. MONTERO (éd.), *o.c.*, p. 212.

12. Plan du titre II

Il ne peut être question d'envisager l'ensemble des questions soulevées par le commerce électronique en matière de protection des consommateurs. Nous nous attacherons aux questions de droit international privé. Qu'il s'agisse de désigner le juge compétent et de déterminer le droit applicable, de telles questions sont liminaires si on désire connaître la portée de nos réglementations. Ce sera le premier point de notre analyse.

Au-delà, nous nous attacherons à l'analyse des quelques dispositions de la directive récente à propos de la vente à distance. Dans quelle mesure le phénomène Internet est-il bien appréhendé par une telle directive et suscite-t-il des interprétations originales de celle-ci? Ce sera le second point.

1. Les dispositions de droit international privé à la lumière d'Internet⁵⁴

A. La compétence des juges

13. Distinctions préalables

Le consommateur belge qui aura commandé tel ou tel produit via Internet et qui se verra frustré soit faute de livraison soit parce le produit ne répond pas à son attente, l'internaute qui, après consultation d'un site, aura sur la foi du renseignement donné, entamé telle action et en aura subi quelque désagrément, s'interrogera, si le site est localisé à l'étranger, d'abord sur le juge compétent pour le règlement de son litige, ensuite, sur la loi que ce dernier appliquera.

En la matière, on distinguera deux situations: celle où le responsable du site, est également localisé sur un territoire de l'Union européenne; celle, où, à l'inverse, il ne s'y situe point.

Les législations applicables divergent: en effet la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 approuvée par la loi belge du 13 janvier 1971⁵⁵ régit le premier cas alors que, dans le second cas, la disposition de l'article 32, 20° de

54. Pour une analyse complète des questions relatives aux conflits de lois et de juridiction en matière de contrats de consommation, lire J.Y. CARLIER, *Guide des litiges transfrontiers en Europe*, Paris, I.N.C., 1993.

55. *M.B.*, 24 septembre 1971.

la loi belge du 14 juillet 1991⁵⁶ sur la protection et l'information des consommateurs trouvera à s'appliquer.

14. Les difficultés d'interprétation de la Convention de Bruxelles

Analysons la première des deux hypothèses: le site est européen selon la première et la convention bruxelloise s'applique. Des dispositions spécifiques favorables au consommateur, les articles 13 à 15 pourraient s'appliquer alors sous réserve de ce qui sera dit ci-dessous. On distinguera alors suivant que l'action est dirigée contre le consommateur par le producteur ou serveur – l'action doit alors être portée nécessairement devant les tribunaux du domicile du consommateur – ou, à l'inverse, par le consommateur contre le producteur ou serveur, le choix de la juridiction est alors laissé aux parties.

L'application des articles 13 et s. aux transactions conclues via Internet est cependant loin d'être évidente. En effet, le texte soumet la solution préconisée par ces articles à des conditions cumulatives strictes: il faut que la conclusion du contrat ait été précédée dans l'Etat du domicile du consommateur de propositions spécialement adressée ou d'une publicité et si le consommateur a accompli dans cet Etat les actes nécessaires à la conclusion du contrat.

L'application de ces conditions dans le cadre de ventes de produits et services réalisés via Internet soulève de délicats problèmes d'application. Le site, localisé à l'étranger est visité au terme d'une démarche active du consommateur. Par analogie, on écrira que c'est lui qui se déplace à l'étranger et que nul effort publicitaire n'est entrepris sur le territoire du consommateur. Certes, on peut imaginer que tel n'est pas le cas si le responsable du site a conclu avec le fournisseur d'accès par lequel passe l'internaute consommateur, l'emplacement de pages écran publicitaires renvoyant au site étranger mais cette hypothèse est rare.

La seconde condition cumulative suscite la même interrogation: l'analogie de la démarche 'virtuelle' de l'internaute et de celle physique du consommateur qui se déplace à l'étranger pour y acheter tel bien ou tel produit conduit à la même conviction: les articles 13 et s. n'apparaissent pas applicables.

On sera alors tenté de se référer à l'article 17 de la Convention: 'Si les parties dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat contractant pour connaître

des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou ces tribunaux sont seuls compétents. Cette convention attributive de juridiction doit être conclue soit par écrit, soit verbalement, avec confirmation écrite, soit dans le commerce international, en une forme admise par les usages dans ce domaine et que les parties connaissent ou sont censées connaître'.

L'article 17 permet-il à un responsable de site Web d'affirmer comme seules compétentes, ses juridictions nationales ou locales, au motif qu'une inscription sur une page écran de son site mentionne cette compétence et a fait l'objet d'une approbation par l'internaute ayant visité son site? La question est longuement débattue par MM. BRULARD et P. DEMOLIN. Eu égard à l'interprétation large donnée à la notion d'approbation écrite par la jurisprudence de la Cour de Justice, les auteurs concluent avec prudence que des 'clics' éventuellement confirmés par la signature électronique, encore appuyés par un contrat général d'abonnement avec le fournisseur d'accès⁵⁷ pourraient être considérés comme un écrit prouvant suffisamment l'accord de prorogation de compétence⁵⁸.

Sans doute, une telle conclusion mérite-t-elle d'être quelque peu précisée. L'article 17 exige bien une convention attributive de juridiction. A notre opinion, une convention ne peut exister que dans la mesure où les parties ont pu apercevoir l'objet même du contrat. Le clic sur une page écran demandant l'approbation de conditions générales contractuelles dont l'apparition à l'écran est malaisée, et parmi lesquelles figure la clause d'attribution de juridiction apparaît insuffisant. La technologie d'Internet est telle que l'internaute est en droit de s'attendre à ce que le responsable du site s'il souhaite un accord de prorogation de la compétence de ses tribunaux locaux, présente à l'écran la question de manière claire et précise et puisse marquer distinctement son acceptation.

Reste encore toute la question de la preuve de l'existence de cette convention dont l'article 17 exige qu'elle soit rédigée par écrit. A ce propos, on se référera aux exigences fonctionnelles reprises dans la première partie.

A défaut de convention attributive de compétence, l'article 5.1. prévoit que le juge compétent est celui du lieu d'exécution de l'obligation. Si en matière de livraison de produits commandés par Internet, la détermination du lieu d'exécution s'avère plus délicate. L'exécution du contrat est-elle réputée s'opérer là où se trouve le site auquel il est donné accès ou au lieu où se trouve le consommateur? Sans doute, penchera-t-on pour la seconde hypothèse.

57. Cette référence au contrat d'abonnement surprend: le contrat général d'abonnement conclu entre le fournisseur d'accès et l'utilisateur vise leurs relations et bien souvent est soumis à la compétence du juge commun aux deux parties localisées dans le même territoire.

58. Y. BRULARD et P. DEMOLIN, *op. cit.*: A noter leur examen en droit comparé d'une jurisprudence parfois contradictoire.

56. M.B., 29 août 1991.

15. L'article 32, 20° et le régime international

L'article 32, 20° de la loi belge sur la protection et l'information des consommateurs rend nulle toute clause qui permet à l'opérateur d'un site de porter son litige avec le consommateur devant un juge autre que celui compétent en vertu de la convention de Bruxelles ou en vertu du code judiciaire⁵⁹.

B. La loi applicable

16. D'une distinction préalable

A nouveau, l'analyse de la loi applicable en cas de transaction conclue via Internet suivra la même distinction que celle opérée à propos de la détermination du juge compétent. Les règles de la Convention de Rome approuvée par la loi belge du 14 juillet 1987⁶⁰ permettent de déterminer la loi applicable lorsque consommateur et opérateur de service sont tous deux localisés dans l'Union Européenne. Si tel n'est pas le cas, si l'opérateur est situé en dehors de l'Union Européenne, d'autres règles⁶¹, en particulier l'article 12 de la directive récente relative aux contrats conclus à distance⁶², s'appliqueront.

L'analyse de ces deux situations sera complétée par quelques réflexions déduites de la décision récente du juge américain Humphrey.

17. La loi applicable dans un contexte européen

Le principe de la liberté contractuelle du choix de la loi applicable est affirmé par la Convention de Rome. Ce choix peut être dicté par une information figurant sur une page écran même s'il reste à prouver que le consommateur a bien eu connaissance de cette page et a donné son consentement à ce propos précis⁶³.

A défaut de ce choix, sous réserve de ce qui sera dit ci-après, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, c'est-à-

dire le lieu où celui qui a en charge la fourniture de la prestation caractéristique, a sa résidence habituelle ou son principal établissement (art. 4 de la Convention).

Sans doute, s'agira-t-il s'il y a fourniture d'un produit commandé via Internet, du lieu de livraison, c'est-à-dire du lieu de résidence du consommateur mais s'il s'agit d'une fourniture d'informations, du lieu d'établissement du responsable du site Web interrogé⁶⁴.

On ajoutera qu'en matière délictuelle, la loi d'application est, selon certains, celle du lieu de commission de l'infraction⁶⁵, selon d'autres celle où le dommage est subi, c'est-à-dire le lieu où est reçu le message⁶⁶. Ainsi, la diffusion via Internet, d'informations fausses ayant généré un dommage pour le consommateur pourra être poursuivie selon la première branche de l'alternative uniquement s'il y a violation de la loi du lieu du site où a lieu la commission de l'infraction; selon la seconde branche de l'alternative, s'il y a non respect de la réglementation du lieu du pays de l'utilisateur.

Sans doute, est-il absolument nécessaire que la question soit tranchée tant elle est importante en matière d'Internet. Bien évidemment, si le délit constitue une violation d'une loi de police⁶⁷, la loi applicable sera celle de l'Etat où a lieu la violation, c'est-à-dire la loi du pays du consommateur.

64. Cf. pour les mêmes conclusions, J. HUET, 'Le droit du multimédia', *De la télématique à Internet*, Rapport sous la direction de P. HUET avec le concours de H. MAISL, J. HUET, A. LUCAS, AFTEL, Juin 1996, p. 233.

65. Cass. 1er avril 1985, *Pas.*, I., p. 979. Cet enseignement est rappelé par la Cour d'appel de Liège, le 20 avril 1990, *J.T.*, 1990, p. 642.

66. A propos des arguments avancés par les uns et les autres, R. PRIoux, 'L'application internationale de la loi sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur', in *Les pratiques du commerce*, Colloque organisé par l'ULB, les 3 et 4 février 1994, Bruylant, 1994, p. 341 et s., en particulier les n° 17 et 18.

67. L'article 7 de la Convention de Rome dispose en effet 'Lors de l'application, en vertu de la présente Convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit si, et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si un effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que de la conséquence qui découlerait de leur application ou de leur non application'. Les dispositions de la Convention de Rome ne pourront pas porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge saisi qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat. Le texte de l'article 7 laisse penser que le juge a une faculté et non une obligation d'appliquer la loi de police étrangère. Dans de nombreux pays, il n'en est rien pour les règles internes; les règles nationales ou les décisions des Cours suprêmes peuvent obliger certains juges nationaux à appliquer les lois de police' (Y. BRULARD, P. DEMOLIN, *o.c.*, p. 47).

59. En l'occurrence, l'article 624, 1°, 2° et 3°.

60. Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles approuvée par la loi belge du 14 juillet 1987 (*M.B.*, 9 oct. 1987).

61. On notera qu'étonnamment, l'article 32 de la loi du 14 juillet 1991 n'avait pas réglé la question alors que ce même article avait réglé (cf. supra n° 16) la question du juge compétent.

62. Il s'agit de la directive déjà mentionnée et adoptée le 23 janvier 1997 (Déc. P.E., n° 198.353, non encore publiée) (cf. Sur ce texte la position commune C.E. n° 191/95 arrêtée par le Conseil le 29 juin 1995 en vue de l'adoption de la directive relative à la protection du consommateur en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° C.288, du 31 oct. 1995).

63. A cet égard, nos réflexions supra n° 15.

Sans doute, serait-ce le cas en matière de publicité trompeuse ou pour des produits proscrits⁶⁸.

A ces principes généraux, on ajoutera que la Convention de Rome prévoit pour certains contrats conclus avec les consommateurs⁶⁹ une disposition particulière: la loi applicable en vertu des principes généraux rappelés ci-dessus ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection qui lui assure les dispositions impératives de la loi du pays où ce consommateur a sa résidence habituelle.

Une telle disposition s'applique à trois types de contrats décrits par la Convention.

Il s'agit tout d'abord du contrat dont la conclusion a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou à condition que le consommateur ait accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat. Il s'agit ensuite du cas dans lequel le vendeur ou son représentant ont reçu la commande du consommateur dans le pays du consommateur. Il s'agit enfin du cas dans lequel la vente de marchandises a été effectuée en suite du fait que le consommateur s'est rendu dans le pays du vendeur et y a passé la commande si son voyage dans le pays du vendeur a été organisé par ce dernier dans le but de l'inciter à conclure une vente.

L'application de ces 3 cas à des contrats conclus par Internet soulève des questions analogues à celles soulevées à propos des critères retenus par la Convention de Bruxelles à propos de la détermination du juge compétent. Ainsi, peut-on dire que le consommateur qui à partir de son écran visite un site situé à l'étranger et y effectue à partir de son clavier une commande accomplie dans son pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat. Peut-on voir dans la mise sur Internet, une démarche du responsable du site accomplissant dans le pays du consommateur les actes nécessaires à la conclusion du contrat⁷⁰. Si tel n'est pas le cas, ne peut-on alors considérer que cette mise sur site a été une incitation à la démarche cette fois du consommateur à se

rendre dans le pays du responsable du site et à y passer commande à la suite d'un 'voyage' virtuel et non physique organisé par ce dernier en vue d'inciter le consommateur à cette transaction⁷¹.

18. La loi applicable dans un contexte international

Les mêmes principes généraux que ceux invoqués à propos du contexte européen s'appliquent. En droit belge, aucune disposition particulière n'existe comme celle édictée par l'article 32.20 L.P.C. à propos des clauses d'attribution de compétence à un juge situé en dehors des territoires de l'Union Européenne.

Le droit européen, en particulier la directive récente relative aux contrats conclus à distance dispose en son article 12, que les Etats Membres prendraient toute disposition pour que le consommateur ne perde pas la protection qui lui est accordée par la directive de par le choix d'une loi d'un pays non membre de l'Union Européenne⁷².

On ajoutera que l'article 14 de cette même directive autorise les Etats Membres à interdire la publicité de certains produits ou services, en particulier des services ou produits médicaux⁷³.

L'application de tels textes à la publicité reprise sur des sites accessibles à Internet soulève la question délicate de l'effectivité de telles dispositions⁷⁴.

19. La décision du juge Humphrey dans l'affaire Cyber Bookies⁷⁵

L'affaire plaidée devant une cour du Minnesota récemment visait la plainte d'un consommateur victime de la pratique d'un site permettant des jeux de

68. Sur la notion de loi de police, et son extension en matière de disposition protectrice des consommateurs, les réflexions reprises par Y. BRULARD et P. DEMOLIN, *op. cit.*, p. 45 et s.

69. Il s'agit des contrats qui ont pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou des services à un consommateur pour un usage qui peut être considéré comme étranger à son activité professionnelle ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture.

70. On sait que selon certains auteurs (M. FALLON, 'Problématique du contentieux de la consommation transfrontalière en Europe', *R.E.D.C.*, 1988, p. 261, note 14), la publicité télévisée émise sur une chaîne étrangère captée par satellite dans un autre pays peut être considérée alors même que la publicité ne vise pas spécifiquement le territoire de cet autre pays comme une démarche du producteur rendant applicable l'article 5 de la Convention de Rome.

71. Le rapprochement souvent fait entre voyage 'virtuel' et voyage 'physique' conduit à cette conclusion.

72. Cf. également le considérant 19 de la directive.

73. Cf. La référence faite par le considérant n° 20 à la directive du Conseil 89/552 du 3 octobre 1989 à propos de l'harmonisation de certaines dispositions législatives, réglementaires ou administratives en matière d'activités télévisuelles (*J.O.C.E.*, 1989, L 298/23) et la directive du Conseil 92/28 du 31 mars 1992 à propos de la publicité des produits médicaux à usage humain (*J.O.C.E.*, 1992, L 113/13).

74. Cf. à ce propos, nos réflexions, *infra* n° 20.

75. State of Minnesota District Court, County of Ramsey, 12 décembre 96. La décision est disponible sur Internet au Minnesota Attorney General's Web site.

pari. Le consommateur plaide une publicité trompeuse et le caractère illégal de la pratique selon la loi du Minnesota⁷⁶.

Le défendeur, responsable du site, répliquait qu'il ne pouvait être question de les poursuivre selon la loi du Minnesota dans la mesure où il n'avait procédé à aucun envoi vers le Minnesota et n'y avait pratiqué aucune démarche publicitaire. Le juge Humphrey répliqua 'This argument is not sound in the age of cyberspace; the defendants place an advertisement on the Internet that advertisement is available 24 hours a day, seven days a week, 365 days a year to any Internet user until the Defendants take it off the Internet'. Il ajouta: 'While the Internet offers exciting new opportunities for business, it also opens the door to scams .. For this new market to prosper, we have to be able to give consumers the confidence that the law is there to protect them four rip off artists. There is no 'Internet exception' in our consumer protection laws'.

Cette réflexion du juge Humphrey témoigne sans doute de ce que sera l'attitude de nombre de juges européens face à des sites étrangers. Elle soulève des questions délicates.

Il va de soi qu'un responsable de site ne peut se conformer aux législations de protection des consommateurs existantes dans tous les pays dont certaines peuvent être contradictoires, que même à les déclarer responsables, leur poursuite sera malaisée à moins de considérer que les fournisseurs d'accès puissent être poursuivis ayant procuré la Dasserelle à de tels sites⁷⁷.

L'analogie avec la situation existante en matière de responsabilité pour l'accès à des sites pornographiques, racistes, indécentes ou diffamatoires, conduit à suggérer des solutions techniques identiques. On connaît la technologie PICS (Platform for Internet Content Selection)⁷⁸, qui propose un formalisme per-

76. En l'occurrence, le site offrait à ceux qui communiquaient leur numéro de carte de crédit sur Internet comme mode de paiement ou appelaient le numéro 900, des 'services' d'information pour les aider à parler à propos d'événements sportifs, et des services de pari.

77. Sur la question délicate de la responsabilité des différents acteurs d'Internet, lire E. MONTERO, 'Les responsabilités liées à la diffusion d'informations illicites ou inexacts sur Internet', in *Internet et le Droit*, o.c., p. 112 et s.

78. Pour une définition des PICS, consulter l'adresse suivante: <http://www.w3.org/pub/WWW/PICS/principles.html>. La solution PICS a été fortement recommandée par la Commission pour prévenir l'accès aux messages offensants et illicites (Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, Contenu illégal et préjudiciable sur Internet COM(96)487. Cf. également le Livre Vert sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information, COM(96)483.

mettant d'attribuer une cotation (un 'scoring') à certains sites ou à certaines pages d'un site particulier.

Il peut alors configurer son navigateur pour en empêcher l'accès au site qui ne respecterait pas un certain score lié au vocabulaire défini. Il serait parfaitement imaginable que sur une base volontaire, les prestataires de service ou les fournisseurs de produits évaluent eux-mêmes ou fassent évaluer par des tiers (associations de consommateurs, fédérations sectorielles) leurs pratiques au regard des prescrits de la directive ou des réglementations prises en application de celle-ci.

Sur base d'un tel scoring, évaluant tout à la fois la qualité de l'information, le délai de réflexion, les modalités de paiement et, le cas échéant, de remboursement, etc, les consommateurs internautes pourraient réserver leurs transactions aux sites qui offrent une protection supérieure au minima prévus par la directive.

II. La directive 'contrats à distance', à la lumière d'Internet⁷⁹

20. La directive – Son contexte – Son objet

Selon S. BAZANNELLA et P. GÉRARD⁸⁰, 'sur un plan européen outre les articles 128 et 129 A du Traité de Rome, qui légitiment dans une certaine mesure une initiative européenne, en matière de protection du consommateur et de la santé publique, la mise en œuvre du marché intérieur, en particulier la libre prestation de services et la libre circulation des marchandises, a justifié l'adoption de certaines directives ou règlements qui ont pour objectif l'harmonisation des dispositions nationales et qui sont, pour la plupart, transposées en droit belge: publicité trompeuse, clauses abusives, denrées alimentaires, médicaments, services financiers, etc.

Sur le plan des moyens de communication, on retiendra essentiellement que le législateur européen est intervenu pour harmoniser les règles de téléachat.

79. Le lecteur se référera utilement aux réflexions de Monsieur B. DE NAYER à propos de l'application du cadre juridique belge aux ventes et achats sur Internet ('Acheter et Vendre sur Internet: réflexions sur le cadre juridique belge', *D.C.C.R.*, 1997, p. 5 à 25). Sur l'impact au droit belge de la future directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance', M. GOYENS, *D.C.C.R.*, 1996, p. 7.

80. S. BAZANNELLA, P. GÉRARD, *La convergence, enjeux économiques et juridiques*, Rapport établi pour les S.S.T.C., avril 1997, à paraître.

de publicité et de parrainage en radiodiffusion, dans le cadre de la directive 'Télévision sans frontières'.

S'agissant de la protection des consommateurs en général, on accordera une attention particulière à la directive du Parlement européen et du Conseil des Communautés européennes concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

Un contrat à distance y est défini comme 'tout contrat concernant les biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de service à distance organisé par le fournisseur, qui, par ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même'.

L'intérêt d'une telle réglementation est qu'elle vise de manière générale, sauf exceptions⁸¹, tout type de transaction opérée par le biais de *toute technique de communication à distance*⁸². La directive vise ainsi autant les catalogues imprimés, la télécopie, la messagerie électronique que la téléphonie avec ou sans intervention humaine ou encore la 'télévision' (téléachat, télévente, etc. de même que les nouvelles techniques de communication à distance qui apparaîtraient dans les années à venir, ainsi la réalisation d'opérations via Internet⁸³.

On se contentera à propos de l'application de cette directive de décrire quelques éléments de la protection qui pourrait être accordée au consommateur⁸⁴.

81. L'article 2 4) définit le moyen de communication à distance comme 'tout moyen qui, sans la présence physique simultanée du fournisseur et du consommateur peut être utilisé pour les besoins de la conclusion du contrat entre ces parties'. Une liste indicative de ces moyens est reprise à l'annexe I qui mentionne le courrier électronique et le vidéotex.

82. Cf. également les dispositions de la loi française du 6 janvier 1988 relative au téléachat.

83. Cf. Livre vert de la Commission Européenne intitulé: 'Les communications commerciales dans le marché intérieur', p. 7, et références indiquées (cf. également l'annexe 'Document de travail'). V. art. 10 et s. Directive 89/552 du 3 octobre 1989, 'Télévision sans frontières', J.O.C.E., 17 octobre 1989. La directive a été approuvée par le Parlement européen, le 7 mars 1997 (Décision n° PE.198.353). Cette directive reprend largement les dispositions de l'accord signé le 27 novembre 1996 au Parlement européen et au Conseil, suite au Comité de conciliation, accord relatif à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les contrats à distance. Il a en effet été fait application, étant donné les divergences de vue persistantes entre le Conseil et le Parlement, de la procédure de conciliation prévue à l'article 189b du Traité de Rome. Voir la position commune n° 19/95 arrêtée par le Conseil le 25 juin 1995, J.O.C.E., 1995, C 288).

84. Nous reprenons en annexe, les éléments de la Charte française de l'Internet, point X: Protection des consommateurs.

21. L'information préalable du consommateur

L'article 4 de la directive rappelle un certain nombre d'exigences traditionnelles en matière de ventes à distance mais utiles à rappeler en matière de commerce via Internet. Nombre de pages écrans de sites commerciaux accessibles via Internet sont en effet déficientes à cet égard. Sans détailler toutes les informations à fournir, relevons que l'identité du fournisseur devrait couvrir outre son nom ou sa raison sociale, son adresse⁸⁵. Ceci est indispensable si on veut pouvoir poursuivre le fournisseur non respectueux de ses engagements ou ayant livré une information fautive ou illicite. Or, de telles insertions sont parfois incomplètes dans les sites Internet. On comprend dès lors que cette exigence soit rappelée de manière très détaillée dans une loi récente californienne à propos spécifiquement des ventes par Internet⁸⁶ qui exige notamment outre la dénomination juridique du fournisseur, l'adresse *complète* où le fournisseur est localisé et sa politique en matière de remboursement de fonds.

La mention du prix incluant toutes taxes soulève difficulté. En quelle monnaie, le prix doit-il être mentionné? A notre avis, il ne peut être exigé une mention du prix dans la monnaie du consommateur, dans la mesure où il peut être présumé que l'intervenant connaît ou peut connaître aisément le cours de la monnaie étrangère.

La question de la taxe est moins évidente ... En particulier, en matière de contrats conclus et exécutés directement par voie électronique, quelle taxe sera considérée comme applicable.

Enfin, le coût d'utilisation des moyens de communication à distance ne doit être mentionné, ce qui sera rare en matière de connexions Internet, que si le coût est calculé autrement qu'au taux de base.

De telles informations doivent être, spécifie le point 2 de l'article 4, fournies de façon claire et compréhensible par un moyen approprié à la technique de communication utilisée⁸⁷. A notre avis, la technique hypertext qui caractérise le Web, permet précisément d'exiger qu'une page écran reprenant toutes les informations doive être affichée d'emblée dès que le consommateur souhaite

85. Cette information est requise suivant l'article 5: le consommateur doit en toutes hypothèses être capable d'obtenir l'adresse géographique du lieu d'établissement du fournisseur où il peut adresser ses plaintes.

86. Le texte de cette loi: 'New California Law regulating Sales over Internet' approuvée en 1996 est disponible au site: http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/postquery?bill_number=3320&sess=.

87. A noter que la doctrine belge (cf. en particulier A. DE CALUWE, A.C. DELCORDE et X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, Larcier, p. 21 et 22) exige que l'information soit donnée par écrit.

entamer une transaction et puisse être rappelée par la suite aisément et à tout moment⁸⁸.

22. La confirmation écrite

Le principe suivant lequel la confirmation écrite ou sur un support durable et accessible doit parvenir au consommateur au plus tard lors de la livraison reçoit exception lorsque le contrat est conclu et exécuté par télécommunication. Cette confirmation suppose diverses mentions⁸⁹. Si ce principe s'applique indubitablement lorsque le contrat conclu via Internet fait l'objet d'une exécution par d'autres voies, l'exception prévue à l'article 5.2 trouvera par contre à s'appliquer si conclusion et exécution du contrat s'opèrent par voie électronique et que la facturation ait lieu par la même voie. Dans ce cas, point n'est besoin de confirmation écrite, la simple possibilité pour le consommateur d'obtenir l'adresse du fournisseur suffira.

23. Le droit de rétractation

A propos de ce droit, si la conclusion via Internet de contrats de commandes de biens ou de produits à livrer par voie classique pose peu de difficultés dans la mesure où le délai de repentir, prévu par la directive comme déjà par la plupart des législations de protection des consommateurs, peut s'exercer sans peine la question des droits de rétractation et de restitution appliqués aux services conclus et exécutés via Internet (ex. téléchargement de logiciels ou de jeux vidéo) s'avère plus délicate à résoudre, dans la mesure où le paiement aura été immédiat (v. n° 25) et que dans certains cas, le renvoi du produit livré

88. La question de la langue dans laquelle est donnée cette information n'est pas abordée par la directive. Souvent l'information est donnée en langue anglaise. On sait que la loi française du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, dite loi Toubon, exige l'usage de la langue française 'dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service et serait applicable aux ventes par Internet (sur cette question J. HUET, 'Le commerce électronique', in *Le droit du multimédia*, P. HUET (éd.), Rapport AFFEL, Juin 96, p. 213). Une telle disposition explicite n'existe pas en Belgique même si certains la déduisent de l'obligation d'informations du vendeur à l'égard du consommateur, obligation prescrite par l'article 30 de la loi sur les pratiques de commerce (à cet égard, F. DOMONT-NAERT, 'De l'obligation d'informer le consommateur dans sa langue', *Pratiques du commerce et concurrence*, Diegem, Kluwer, 1996, p. 74).

89. Ainsi, l'article 5.1 prévoit

- la mention de droit de repentir et ses modalités;
- l'adresse 'géographique' du lieu d'établissement du fournisseur où adresser toute réclamation;
- l'information sur les services et garanties après vente;
- les conditions de résiliation du contrat

sera difficile. On insistera sur le fait que conformément à la jurisprudence⁹⁰ et doctrine belges, le droit de réflexion et de rétractation doit faire l'objet d'une information préalable du consommateur, à peine de nullité⁹¹.

24. ... et ses conséquences quant au remboursement

L'exercice du droit de repentir doit s'accompagner, dit l'article 6.2, d'un droit absolu au remboursement des sommes dans les 30 jours maximum, sous réserve de la déduction des coûts directement liés à la réexpédition des marchandises. La question du paiement des transactions conclues via Internet ne peut faire l'objet de longs développements⁹² ici qu'il suffise de noter qu'au mode de paiement par l'envoi sur le réseau du numéro de carte de crédit, un système plus sécurisé est souvent préféré⁹³; le consommateur qui souhaite bénéficier d'un tel système contacte l'organisme de sécurisation qui lui authentifie ses ordres de paiements, télécharge en logiciel de sécurité sur son ordinateur personnel. Il remplit alors un formulaire virtuel, mentionne sa carte de crédit et choisit un code secret. Le tout est alors envoyé à l'organisme certificateur précisément pour assurer le cryptage et l'authentification de la signature du consommateur qui reçoit alors un numéro d'authentification.

Lors de la commande d'un bien ou d'un service, le fournisseur de celui-ci émettra un ticket de caisse virtuel à l'attention du consommateur et de l'organe vérificateur. Si le consommateur marque son accord, il apposera sur le ticket de caisse son code secret qui sera authentifié par l'organisme certificateur.

90. A noter la décision récemment publiée du Trib. de Commerce de Mons du 1er sept. 1994, *D.C.R.*, 1996, p. 226, note A.C. LACOSTE et les références reprises dans la note).

91. 'Cette nullité (d'ordre public) ne peut être couverte ni par un début d'exécution ni par une renonciation présumée', notent les juges montois.

92. Sur les modes de paiement dans le cadre de transaction via Internet, lire J.-P. BOYLE, O. POELMANS, 'Description des moyens de paiement en réseau ouvert', in *Internet et le Droit*, E. MONTERO (éd.), Cahier du CRID, n° 12, Bruxelles, E. Story-Scientia, p. 7 et s.; cf. également O. IYEANU, *Internet et le droit*, Eyrolles, Paris, 1996, p. 134 à 136 et l'excellente description de l'Electronic Cash au site <http://www.ispo;cec/b/infosoc/eleccon/elecmonet.html>, site qui renvoie à de nombreux autres sites. A noter que les services financiers ont été exclus de la directive relative aux contrats conclus à distance. Sur les raisons de cette exclusion mais également sur le cadre juridique qui s'applique à eux, lire M. VAN HUFFEL, 'Services financiers et contrats conclus à distance', *R.E.D.C.*, 1997, p. 33 et s.

93. Sur les nouveaux modes de paiement sécurisés développés en premier par la société Verisign, cf. le site de Verisign: <http://www.verisign.com> '7 verisign' et le hearing organisé par l'American House Banking Subcommittee on Domestic and International Policy dont les débats sont repris au site <http://www.house.gov/castle/banking/money.htm>. Il est à noter qu'en Belgique, Belsign entend développer un système semblable à celui de Verisign.

Deux messages seront alors transmis par l'organisme: l'un, en direction de la société émettrice de la carte de crédit ou de la banque pour le paiement au fournisseur; l'autre, en direction du fournisseur pour le paiement.

De tels mécanismes de paiement présentent l'avantage d'une plus grande sécurité mais leur automatiser est telle que le consommateur se trouve bien démuni lorsqu'il a reçu le produit ou le service non conforme à son attente, il souhaite obtenir le remboursement auquel il a droit. La solution de cette question est d'autant plus pressante que le bénéficiaire du paiement opère à partir d'un site localisé en terre lointaine. Sans doute, faut-il souhaiter, conformément à la loi californienne déjà mentionnée, l'obligation pour les responsables de site, fournisseurs de biens et de service, l'obligation de mentionner leurs politiques en matière de remboursement de fonds voire la possibilité technique pour l'organisme certificateur de bloquer les paiements pendant la durée correspondante au délai de repentir.

25. Le règlement des litiges: des codes de conduite à la magistrature électronique

L'article 11.4 de la directive⁹⁴ est remarquable par la confiance témoignée aux codes de conduite et à l'autorégulation pour la solution des litiges. Il affirme le droit des Etats Membres de charger des autorités autorégulatrices de veiller non seulement au respect des dispositions protectrices des consommateurs mais également à régler les litiges nés des transactions à distance voire à compléter l'arsenal des mesures que l'Etat peut prendre pour obtenir la cessation des pratiques non conformes avec la Directive.

Cet appel à des solutions d'autorégulation doit être entendu⁹⁵. On sait combien en matière de lutte contre les sites ou les messages illicites ou dommage-

94. A noter les autres dispositions de l'article 11. L'article 11 § 3 a) autorise les Etats Membres à stipuler que la charge de la preuve de l'existence de l'information et du consentement du consommateur incombe au fournisseur. En matière d'Internet, ceci amènera certainement les responsables à développer des systèmes de dépôt électroniques de pages WWW garantissant l'information prévue par la directive et des procédés d'enregistrement et d'archivage sécurisés pour garder trace des consentements du consommateur. Nous reviendrons infra sur la signification que peut recevoir l'article 11(3) dans le contexte d'Internet.

95. A propos de la valeur de ces codes de conduite en matière de publicité dans le contexte des nouvelles technologies, lire les commentaires de ROY, 'La réglementation de la publicité et l'intérêt public, les manifestations d'un commerce', in *L'intérêt public - principe de droit de la communication*, p. 96. De manière plus générale, sur la valeur des codes de conduite et leur limite dans la régulation du Cyberspace, Y. POULLET, R. QUECK, 'Le droit face à Internet', in *Internet et le Droit*, o.c., p. 231 et s. et les références y contenues aux réflexions de P. TRUDEL, M. VIVANT et J. REIDENBERG.

bles, elle a été souhaitée⁹⁶ et a abouti dans notre pays au 'Code d'éthique des services d'information par télécommunications' conclu en 1996 entre les exploitants de réseau et les prestataires de services d'information accessibles via ces réseaux⁹⁷. Ce code, qui reprend certaines obligations légales, précise également certains droits au profit des abonnés aux services de type 0900: garantie de la confidentialité des données personnelles, respect de règles particulières en matière de jeux et de concours, garanties en matière de services médicaux, dispositions visant la protection des mineurs, dispositions concernant les services érotiques (077), etc. La commission d'éthique créée par ce code statue sur les plaintes qui lui sont adressées pour violation des dispositions dudit code et prononce éventuellement des sanctions (amendes, suspension des services, voire suppression des services)⁹⁸.

Le consommateur dispose d'une hot line pour dénoncer les violations de la réglementation. La même solution pourrait valoir en matière de protection des consommateurs. Une autre solution complémentaire à la précédente est sans doute le développement de contrats standards⁹⁹ pour les transactions sur réseau, qui peuvent être vus en quelque sorte comme le prolongement des codes de conduite. Ces contrats standards, élaborés selon la nature des prestations et non pas selon le mode de communication, contiendraient certaines clauses minimales de protection du consommateur, permettant ainsi un niveau de protection élevé des consommateurs, ce qui, par ailleurs, constitue un objectif de la politique de l'Union européenne^{100, 101}.

96. On se référera à ce propos, à la communication précitée de la Commission européenne sur le contenu illégal et préjudiciable sur Internet, COM(96)487.

97. Ce code d'éthique des services d'information par télécommunications a été conclu en juillet 1996. On regrettera que son objet se limite à la question de la protection des mineurs et se centre sur la seule question des contenus illicites ou offensants.

98. Cf. sur les sanctions, l'article 22 à des sites mis en cause et non conforme à la réglementation est possible par des actions auprès des fournisseurs d'accès et des serveurs.

99. On lira avec intérêt, à cet égard, les développements consacrés par la Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation (CERDC) aux mécanismes de normalisation volontaire et bilatérale intitulés 'accords collectifs de la consommation'. Voir les articles 285 et suivants de la 'proposition' de loi générale sur la protection des consommateurs élaborés par cette commission in: *Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs*, Rapport de la CERDC, Ministère des affaires économiques, Bruxelles, 1996.

100. Cf. article 129A du traité de Rome.

101. S. BAZZANELLA, Ph. GERARD, o.c.

Au-delà des codes de conduite et des contrats standards ou plutôt consacrés par eux, se développe l'idée de créer des 'virtual magistrats'¹⁰², sorte d'arbitres accessibles via le réseau et pouvant régler, à des coûts faibles les conflits mineurs ou portant sur des sommes peu importantes, conflits nés au sein des réseaux du fait du non-respect des règles de protection des consommateurs.

102. Sur le rôle, la compétence et le fonctionnement de ces 'cybertribunaux', on lira les pages du site, créé à ce propos par le Centre de Recherche de Droit public de l'Université de Montréal (C.R.D.P.) dans le cadre d'une recherche sur les modes de résolution des conflits dans le cyberspace (<http://www.cybertribunal.org>). La Charte française de l'Internet prévoit également le règlement des conflits entre Acteurs de l'Internet via la création d'un Conseil, 'organisme indépendant et unique d'autoregulation et de médiation' dont les 'Arts et Recommandations élaborés par le Conseil de l'Internet ont vocation à acquérir une valeur de référence pour l'article judiciaire'. On notera cependant que la Charte exclut l'intervention du Conseil pour les conflits entre les 'Acteurs' et les 'Utilisateurs' (entendre: les consommateurs).

CONCLUSIONS

26. De la révolution ... à une redécouverte de l'essentiel

M. VIVANT¹⁰³ stigmatisait récemment le slogan souvent répété: 'Un droit new age pour un new world', celui d'Internet en l'occurrence. Ce slogan se fonde sur la difficulté qu'il y a de penser le droit 'dans de vieux cadres largement dépassés et a priori parfaitement inadaptés'¹⁰⁴.

Au terme de nos réflexions, il faut bien constater que notre opinion rejoint la sienne lorsque tout en plaçant pour un droit postmoderne ou l'existence de nouveaux paradigmes réglementaires selon l'expression heureuse de J. REIDENBERG¹⁰⁵, il invite d'abord à redécouvrir l'essence même de nos réglementations.

'Point n'est besoin d'un corps entièrement nouveau de règles spécifiques dans la mesure où, à proprement parler, il n'y a pas de vide juridique et que sans doute le premier travail du juriste sera de rechercher les équivalences fonctionnelles entre les divers phénomènes du monde d'Internet et les concepts classiques de notre droit. Sans doute, faudra-t-il alors rafraîchir nos réglementations, ou parfois simplement leur application, afin qu'elles puissent, tout en maintenant l'équilibre d'intérêts qu'elles entendaient assurer, ne pas être un obstacle au développement des progrès technologiques, et, le cas échéant, répondre aux nouveaux risques par l'utilisation des technologies'¹⁰⁶.

En matière de droit de la preuve, c'est cette recherche des fonctions essentielles de l'écriture et de la signature qui conduit à plaider pour une reconnaissance de l'écrit et de la signature électronique, non en dehors du code civil mais au cœur même des articles 1341 et s. de celui-ci. Certes, les conditions de l'équivalence exigeant sans doute la définition d'acteurs nouveaux, de statuts nouveaux et le renvoi à des normes mais c'est dans la mesure où il ne s'agit que de conditions propres à réaliser dans un contexte technologique donné l'équivalence fonctionnelle recherchée que l'on comprendra leur signification, leur portée et leur évolution.

103. M. VIVANT, 'Cybermonde: droit et droits des réseaux', *J.C.P.*, 1996, I, 3969.

104. Du même auteur, 'Internet et modes de régulation', in *Internet face au droit, o.c.*, p. 220.

105. J. REIDENBERG, 'Governing Networks and rule Making in Cyberspace', in *Borden in Cyberspace*, MIT, Press, 1996.

106. Y. POULLET, R. QUECK, 'Le droit face à Internet', in *Internet face au Droit, o.c.*, p. 245.

Le droit de la consommation rencontre de même la réalité d'Internet et du commerce qu'il développe. Il s'agit ici également d'abstraire de réglementations parfois touffues, fondées sur la prise en considération d'opérations traditionnelles, les éléments essentiels de la protection que l'on souhaite accorder au consommateur: devoir d'information, délai de réflexion, recours rapide et efficace, ... tous ces éléments peuvent être réalisés parfois bien mieux par la technologie qu'offre le média Internet. Il ne peut être question de chercher ailleurs un droit de l'Internet mais de réclamer qu'Internet soit saisi par le droit.

L'effort demandé consiste donc simplement à dépoussiérer les textes à leur appliquer ce que la doctrine allemande qualifierait de 'Interessenjurisprudenz'¹⁰⁷, c'est-à-dire une interprétation qui se fonde sur les valeurs affirmées et l'équilibre d'intérêts recherchés à travers un texte législatif par le législateur et ce dans un contexte donné, n'hésite pas au regard de la modification du contexte, à adopter une interprétation hardie afin de réaliser le même équilibre et les mêmes valeurs.

Ce dépoussiérage des textes permettra plus facilement le consensus international autour de principes et de solutions communs. Certes, les solutions s'exprimeront peut-être de manière originale selon les traditions et la culture juridique de chaque Etat. Mais dans la mesure où elles permettent effectivement la réalisation de principes communs, que ce soit en matière de signature ou de protection des consommateurs, possibilité est donnée pour que la solution, originale certes, définie par un pays ou un groupe de pays, soit considérée par d'autres pays comme 'adéquate'¹⁰⁸.

27. Du droit ... à un dialogue des normativités

Dans la perspective soulignée jusqu'ici, le droit étatique n'est certes pas évacué bien au contraire. Mais la recherche de son effectivité exige qu'il noue

un dialogue avec ce qu'il est convenu d'appeler les normativités du réseau: l'autorégulation certes, mais au-delà et surtout la technologie elle-même.

On plaidera pour ce dialogue des normativités au service du droit. Les codes de conduite comme les chartes de l'Internet, les technologies de type PICS apparaissent bien plus efficaces que la menace souvent illusoire de la sanction judiciaire. Ces solutions sont en effet prises au niveau le plus approprié et leur souplesse permet leur évolution. Certes, on souhaitera que la rédaction des 'chartes' ou des codes, le choix des technologies fassent l'objet de procédures larges de discussion incluant tous les acteurs, afin que leur objet ne soit pas une manière de consacrer l'intérêt d'un ou plusieurs acteurs particuliers.

Acquis à l'idée de ce dialogue des normativités, on recommandera en matière de protection des consommateurs:

– Devrait être adoptée une charte de l'Internet à laquelle adhèreraient les acteurs de l'Internet. Cette charte devrait notamment traduire les principes des réglementations de protection des consommateurs en matière d'opérations réalisées à distance et dotant certains organes de la possibilité d'interventions rapides en cas de non respect de ces principes. Quant aux organes ainsi créés, ils devraient pouvoir être contactés aisément (hot line (électronique!)) et agir de manière transparente (rapport d'activités). Leur affiliation à des comités internationaux rassemblant des organes du même type facilitera la possibilité d'intervention et de sanctions hors frontières.

– Au-delà des techniques de blocage à des sites non respectueux des règles, utilisables notamment par l'organe décrit ci-dessus, l'utilisation de technologies de type PICS permettrait à l'internaute de sélectionner a priori les sites commerciaux, en fonction de leur respect des réglementations de protection des consommateurs. Sans doute, doit être souligné le rôle nécessaire des associations de consommateurs dans le contrôle des 'ratings', que les sites s'attribuent à eux-mêmes.

Voilà quelques suggestions. Sans doute en est-il bien d'autres ! En la matière, le juriste se doit d'être à l'écoute des multiples modes d'expression que la 'régulation' peut prendre dans un contexte tel qu'Internet. S'il veut bien abandonner sa conception traditionnelle d'un droit confiné à sa seule expression législative, il trouvera dans l'efflorescence des modes de régulation que suscitent les acteurs de ce réseau des réseaux d'utiles prolongements voire des 'traductions' indispensables.

107. Cette doctrine a été développée par de nombreux auteurs, en particulier Ph. HECK, dans la première moitié de ce siècle.

108. La reprise du terme 'adéquat' fait clairement allusion à la notion de 'protection adéquate' utilisée par l'article 25 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. L'idée est en effet la même. Il s'agit en matière de protection des consommateurs comme en matière de protection de la vie privée, de rechercher en matière de flux transfrontiers si la protection offerte par le pays étranger est 'adéquante', c'est-à-dire satisfaisante eu égard aux objectifs poursuivis par la réglementation européenne, objectifs de protection de ses propres citoyens.

ANNEXE: EXTRAITS DE LA CHARTE FRANÇAISE DE L'INTERNET DISPONIBLE A HTTP://WWW. PLANETE.NET/CODE-INTERNET

X Protection des consommateurs

A - Principes

Les Acteurs de l'Internet n'entendent pas substituer les dispositions de la Charte aux règles, usages et autres textes déontologiques organisant les activités commerciales susceptibles de se développer sur Internet, ni porter atteinte aux principes de liberté du commerce et de libre concurrence.

B - Engagements spécifiques

1. Le Commerce Electronique

Les Acteurs commerçant sur l'Internet avec des consommateurs français, à l'exclusion des Prestataires techniques, qui relaient les transactions concernées, s'engagent à fournir les informations suivantes de manière aisément accessible:

- les caractéristiques essentielles du produit ou service proposé. Ils s'engagent en particulier à s'assurer que la description dudit produit ou service n'ait pas un caractère de nature à induire son destinataire en erreur;
- le prix, ainsi que, le cas échéant, les charges et coûts accessoires, notamment les frais de livraison et les taxes;
- les conditions générales de vente ou de fourniture de service applicables;
- l'identité juridique complète du vendeur ou du fournisseur de service; en particulier mention de sa marque et/ou de son nom commercial et de la dénomination sociale de l'entreprise, numéro de SIREN lorsqu'il en existe un, l'adresse du siège social et de l'établissement responsable de l'offre, les coordonnées téléphoniques et/ou de Courrier électronique d'un interlocuteur en charge de l'offre;

L'acceptation d'une offre suppose une confirmation immédiate ou différée émanant du commerçant;

Les Acteurs de l'Internet se concerteront pour définir des moyens susceptibles de permettre aux consommateurs qui l'ont expressément choisi de se prémunir contre le démarchage automatisé par voie de Courrier électronique.

Les Prestataires techniques s'engagent à favoriser les conditions d'une information honnête et loyale en privilégiant l'usage de la langue française pour les consommateurs français.

2. Les Prestataires Techniques

Un régime spécifique, exclusif de celui décrit à la section 1 ci-dessus, est mis en œuvre concernant les actes de commerce des Prestataires techniques pour le besoin de leur activité de Prestataire technique.

A l'occasion de la souscription des contrats, quelle que soit leur forme, qu'il y ait ou non un écrit, et que l'accès soit ponctuel ou non, le prestataire technique, doit indiquer ou rendre aisément accessibles à ses clients, de manière compréhensible et loyale, les informations suivantes:

- son identification légale;
- la tarification (frais de mise en service, abonnement, coûts horaires, coûts de ses différents services);
- les types de services offerts avec leurs caractéristiques essentielles;
- les informations permettant au consommateur de connaître la configuration nécessaire pour bénéficier des services offerts par le prestataire technique;
- la durée des contrats et leurs conditions juridiques et techniques de résiliation, s'il ne s'agit pas d'un accès ponctuel, ainsi que leurs conséquences;
- les conditions de transfert ou de suivi, respectivement, des adresses ou du Courrier électronique ou des pages hébergées en cas de changement de prestataire technique.

Les Fournisseurs d'hébergement fourniront, en outre, les informations relatives:

- au volume de stockage mis à la disposition du client pour ses fichiers et notamment des circonstances dans lesquelles des données peuvent se trouver effacées par le Fournisseur d'accès ou d'hébergement;

Les Fournisseurs d'accès fourniront, en outre, les informations suivantes: le cas échéant, les conditions d'assistance;

- les moyens devant être mis en œuvre pour télécharger les logiciels de filtrage prévus par la loi.